

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La responsabilité civile et pénale du secrétaire communal

Nihoul, Marc

Published in:
Revue de droit communal

Publication date:
2002

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):
Nihoul, M 2002, 'La responsabilité civile et pénale du secrétaire communal: mise en perspective', *Revue de droit communal*, p. 238-260.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

La responsabilité du secrétaire communal... en devenir?

Marc NIHOUL

Avocat au Barreau de Bruxelles

Chargé de cours aux F.U.N.D.P. de Namur

1. Prologue, objet et plan. «Anne, ma Sœur Anne, ne vois-tu rien venir?», demandait Jeanne, la septième femme de Barbe-Bleue, dans l'attente d'être délivrée par ses frères de son triste destin. Aujourd'hui, c'est au tour des secrétaires communaux de scruter l'avenir en observant qu'autour d'eux les principaux acteurs de la vie communale sont de plus en plus souvent impliqués dans des dossiers mettant en cause leur responsabilité. Que se passera-t-il lorsque, demain, ils suivront le même sort? Quel régime ou quelles règles leur seront appliqués et le législateur viendra-t-il à leur secours pour en tempérer les effets? Pour l'heure, le secrétaire communal est-il *juridiquement* responsable de ses actes? Telles sont les principales questions abordées dans le présent article¹.

Les réponses à ces questions ne sauraient pas être catégoriques en l'absence de jurisprudence fixée et publiée en matière de responsabilité du secrétaire communal. L'objectif est donc plutôt d'ordre prospectif. Il s'agit de prédire l'avenir et, à l'aide de la jurisprudence récente en matière de responsabilité, notamment en ce qui concerne les autres organes communaux, de mettre en place une série de balises. Il s'agit de mettre en perspective la responsabilité du secrétaire communal et d'évaluer son évolution probable dans les années à venir. Ce qui conduit d'emblée à situer dans le temps la responsabilité du secrétaire communal (*I*) avant de rappeler les principes de base applicables au fonctionnaire qu'il incarne (*II*) et de stigmatiser l'incertitude de la jurisprudence à une série d'égards (*III*).

1. Le texte publié est une version adaptée d'une conférence donnée dans le cadre du Congrès de la Fédération des secrétaires communaux de la Région de Bruxelles-Capitale, le 30 novembre 2001, sur le thème: «La responsabilité en question. Wat... over aansprakelijkheid?». A noter que très récemment, c'était au tour du maire de La Bruyère et du président de l'a.s.b.l. gestionnaire de la salle communale d'Emines d'être lourdement condamnés pour des faits de nuisances sonores et le non respect du principe de précaution. Voir Corr. Namur, 24 avril 2002, inédit et F. PETRE, «La responsabilité pénale des bourgmestres dans le cadre de l'exercice de leurs compétences: analyse et commentaires du cas du bourgmestre de La Bruyère», *M.C.*, 2002, pp. 275 à 277.

I. LA RESPONSABILITÉ DU SECRÉTAIRE COMMUNAL DANS LE TEMPS

2. *Une évolution vraisemblable...* Heureux le secrétaire communal du dix-neuvième siècle! La question de sa responsabilité ne se concevait évidemment pas, puisque celle de la commune ne se concevait pas non plus. Le principe de la séparation des pouvoirs s'opposait en effet vigoureusement à ce que le juge s'immisce dans les affaires administratives parmi lesquelles figurent les affaires locales².

Heureux encore le secrétaire communal du vingtième siècle... Certes, dès le 5 novembre 1920, le célèbre arrêt «LA FLANDRIA» a sonné le glas de l'immunité de juridiction et de responsabilité de l'action administrative. Et les choses ont tellement évolué durant la seconde moitié du vingtième siècle que toute illégalité commise par une administration – en ce compris une administration communale et sauf erreur invincible ou autre cause de justification – est aujourd'hui assimilée à une faute³ susceptible de donner lieu à réparation en cas de dommage et de lien de causalité entre l'illégalité et le dommage. En fin de siècle, le pouvoir judiciaire a suivi le même sort que le pouvoir exécutif au sens large et, au début du vingt et unième siècle, c'est le pouvoir législatif qui est en ligne de mire des cours et tribunaux⁴. Néanmoins, il a fallu presque un siècle pour que la jurisprudence évolue de la sorte⁵ si bien que, durant près d'un siècle encore, le secrétaire communal était à l'abri d'une action en responsabilité. Cela même si, faut-il le rappeler, l'arrêt «LA FLANDRIA» ne consacrait pas la responsabilité civile de n'importe quelle administration, mais bien celle d'une administration communale, celle de la ville de Bruges, liée à la chute d'un arbre...

2. La réalité est moins tranchée qu'il n'y paraît ou qu'on a pris l'habitude de décrire. Voir sur ce point M. NIHOUL, *Les privilèges du préalable et de l'exécution d'office*, Bruges, La Charte, 2001, n^{os} 85 à 87, pp. 108 à 115.

3. La faute consiste soit dans la violation d'une norme imposant de s'abstenir ou d'agir de manière déterminée, soit aussi dans une erreur de conduite devant être appréciée suivant le critère de l'administration normalement soigneuse et prudente, placée dans les mêmes circonstances.

4. Très récemment, H. VUYE a fait le point sur cette question: «Aansprakelijkheid wegens ondeugdelijke wetgeving. Een laatste bastion na Flandria, Anca, Francovich en Brasserie du pêcheur?», in *Overheidsaansprakelijkheid*, actes de colloque, K.U. Leuven, 24 mai 2002, pp. 70 à 133; de même H. VANDENBERGHE, A. VAN OEVELEN et L. WYNANT pour ce qui concerne la responsabilité du fait resp. du pouvoir exécutif, du pouvoir judiciaire et des entreprises publiques dans le secteur financier. Concernant l'arriéré judiciaire, rem. civ. Bruxelles, 6 novembre 2001, *R.G.D.C.*, 2002, p. 15 et les observations remarquées de H. VUYE et K. STANGHERLIN, «L'Etat belge responsable de l'arriéré judiciaire... et pourquoi (pas)? Observations sur la responsabilité des pouvoirs publics en droit belge», pp. 18 à 26. Le jugement est également publié notamment in *J.T.*, 2001, p. 867 et *Journ. proc.*, 30 novembre 2001, p. 29, obs. C. PANIER qui fait état de deux autres jugements du 13 novembre 2001 dans le même sens. *Add.* Bruxelles, 4 juillet 2002, *Journ. proc.*, 6 septembre 2002, p. 23 et commentaire, ainsi que *R.G.D.C.*, «Justice rétive, justice fautive: que faire contre l'arriéré judiciaire?», numéro à thème à paraître avec des contributions d'H. VUYE et K. STANGHERLIN.

5. L'assimilation de toute illégalité à une faute, en particulier, date du début des années 1980.

Le secrétaire communal était donc relativement à l'abri des actions en responsabilité au vingtième siècle. Mais qu'en sera-t-il du secrétaire communal au vingt et unième siècle – et que doit-il en être –? La mise en cause de sa responsabilité est-elle une perspective réaliste? Là est toute la question.

3. ... *en ce qui concerne sa responsabilité professionnelle civile et pénale...* Plusieurs éléments de jurisprudence permettent de penser que la responsabilité du secrétaire communal n'est pas invraisemblable à terme, bien au contraire. Mais encore faut-il préciser de quel type de responsabilité il s'agit. On ne retiendra que la responsabilité du secrétaire liée à l'exercice de ses fonctions car, pour le reste, sa responsabilité est identique à celle des autres particuliers. C'est une évidence, mais il faut le rappeler, le secrétaire communal est aussi – et peut-être même avant tout – un père ou une mère, un mari ou une épouse, un homme ou une femme, avec tout ce que cela comporte sur le plan des relations personnelles ou privées. La responsabilité en question ici est uniquement la responsabilité professionnelle du secrétaire communal, essentiellement sa responsabilité civile et pénale, à l'exclusion toutefois de la responsabilité disciplinaire⁶. Avec cette difficulté majeure qu'actuellement la jurisprudence fait cruellement défaut en ce qui le concerne précisément. La lente évolution de la responsabilité des pouvoirs et acteurs publics n'aurait-elle pas encore gagné la profession de secrétaire communal ou son domaine d'action?

4. ... *malgré l'absence de jurisprudence le concernant.* Pourtant, le secrétaire est régulièrement cité en doctrine comme un exemple d'organe susceptible d'entraîner la responsabilité de la commune ou de l'Etat. Côté jurisprudence, en revanche, c'est le *silence radio*. Il faudrait dire: le *silence écrit*, dans les articles et les revues⁷. Même le *silence parlé* puisque, lors du congrès national des secrétaires communaux en mai 2001 à Gembloux, un estimé confrère faisait oralement le même constat.

Un élément objectif vient confirmer l'absence du secrétaire communal dans le contentieux des responsabilités. Il s'agit de la loi du 4 mai 1999 relative à la responsabilité pénale des bourgmestres, échevins et membres de la députation permanente. Le champ d'application limité de cette loi témoigne des principales «victimes» de la responsabilité communale. Mani-

6. L'aspect a été privilégié par A. COENEN dans son article consacré en 1994 à «Quelques considérations sur le rôle et la responsabilité du secrétaire communal», *M.C.*, pp. 10 à 21 et 81 à 89.

7. Voir spécialement A. COENEN, *o.c.*, *M.C.*, 1994, p. 85. A noter que l'absence de jurisprudence négative en matière de responsabilités du secrétaire communal pourrait aussi provenir de l'absence du réflexe de la publication dans son chef, commun à la plupart des acteurs publics, avec pour conséquence préjudiciable que la pointe de l'iceberg jurisprudentiel publié dans les revues déforme régulièrement la réalité et, faut-il le préciser, oriente parfois de manière décisive la jurisprudence dans son ensemble. Les comités de rédaction devraient être particulièrement vigilants à cet égard et éviter toute complaisance. Mais cela suppose aussi qu'ils soient correctement informés...

festement, le secrétaire communal n'occupe pas le devant de la scène en la matière, à la différence du bourgmestre et des échevins, plus directement en prise avec les décisions qui s'adressent aux citoyens. Bref, si le secrétaire communal paraît aujourd'hui épargné par l'explosion des actions en tous genres contre les responsables publics, il ne semble pas que ce soit dû à une vertu particulière qui irait de paire avec la fonction. Le secrétaire communal n'est pas hors du commun, comme il n'est pas non plus hors du droit commun. Il semble que ce soit davantage la nature de ses fonctions qui le place à l'arrière-scène de la responsabilité communale, sans préjuger à ce stade si c'est ou non avec raison.

II. LES PRINCIPES DE BASE DE LA RESPONSABILITÉ DU SECRÉTAIRE COMMUNAL

5. *L'application du droit commun.* La seule alternative en l'absence de jurisprudence concernant la responsabilité du secrétaire communal est de procéder par analogie avec celle des autres fonctionnaires et/ou organes communaux, en principe soumis au droit commun de la responsabilité, sous réserve de dérogation(s) établie(s) par la loi⁸, le cas échéant.

Après avoir rappelé brièvement les notions de base du droit de la responsabilité autour desquelles s'articule nécessairement la responsabilité éventuelle du secrétaire communal, il s'agira de relever l'incertitude qui règne actuellement en jurisprudence quant à l'application effective, un jour, de ces principes généraux, et ce en raison de plusieurs discriminations.

A noter qu'il revient assurément aux compagnies privées d'évaluer et de gérer le risque généré par cette incertitude, de manière à proposer aux secrétaires – ou aux communes – des assurances adaptées à une fonction clé dans la commune, dès lors appelée à évoluer vraisemblablement sur le plan du droit de la responsabilité dans les années à venir.

6. *Notions de base.* Il peut être utile de rappeler brièvement les grands principes applicables en la matière.

La responsabilité pénale du secrétaire communal n'est pas différente de celle de tout fonctionnaire, si ce n'est que la personne morale dont il relève est l'une de celles exonérées de la responsabilité pénale par l'article 5, alinéa 4, du Code pénal. Pas question pour lui, par conséquent, de se prévaloir de la cause d'excuse absolutoire prévue par le même article lorsque les conditions prescrites sont réunies⁹. Seule la responsabilité pénale du secrétaire communal lui-même comptera devant les juridictions répressives.

8. La loi *fédérale* s'entend, sous réserve des pouvoirs implicites qui pourraient s'avérer utiles à la suite de la récente régionalisation des règles organiques communales.

9. Cass., 3 octobre 2000, *J.L.M.B.*, 2001, p. 408 et Mons, 3 octobre 2001, *J.T.*, 2002, p. 45. A savoir lorsqu'une infraction a été commise tant par une personne physique que par une personne morale, à l'égard de celle de ces deux personnes qui a commis la faute la moins grave

Du point de vue civil, par contre, la responsabilité du secrétaire entraîne en principe directement celle de la commune et non la sienne, sauf évidemment lorsqu'il n'a pas agi en tant qu'organe ou n'en a pas donné raisonnablement l'impression.

En vertu de la théorie de l'organe¹⁰, en effet, les organes incarnent le pouvoir public concerné et l'engagent par conséquent directement, en vertu des articles 1382 et 1383 du Code civil, ce qui n'est pas le cas des préposés qui ne l'engagent qu'indirectement sur base de la responsabilité des maîtres et commettants, réglée par l'article 1384, alinéa 3, du Code civil¹¹.

Par ailleurs, le secrétaire engage la responsabilité de la commune non seulement lorsqu'il agit dans les limites de ses attributions, mais aussi lorsqu'il est perçu agissant comme tel par tout homme raisonnable et prudent, en vertu de la théorie de l'apparence.

En outre, la responsabilité de la commune et celle du secrétaire peuvent être invoquées conjointement et donner lieu à une condamnation *in solidum*. A défaut, la commune pourra se retourner contre son organe même si, en pratique, il faut déjà beaucoup pour que cela soit le cas. Le cas échéant, la faute s'apprécie *in concreto*, c'est-à-dire par référence au fonctionnaire

et pour autant que l'infraction commise par la personne physique l'ait été par négligence. A noter que dans l'hypothèse où l'exonération de responsabilité pénale viendrait à être supprimée dans le chef de la commune à l'article 5 du Code pénal, peu importe la qualité d'organe ou de préposé dans le chef du secrétaire communal pour déterminer s'il est en mesure d'engager la responsabilité de la commune. Toutes les personnes physiques sont concernées de ce point de vue, à défaut pour le législateur d'avoir distingué par une énumération limitative.

10. A ce propos, doctrine et jurisprudence sont pléthoriques. Voir C. CAMBIER, *La responsabilité de la puissance publique et de ses agents*, Bruxelles, Larcier, 1947, pp. 149 et s.; P. WIGNY, *Droit administratif*, 4^e éd., Bruxelles, Bruylant, 1962, pp. 296 à 315, n^{os} 386 à 397; A. BUTTGENBACH, *Manuel de droit administratif*, 3^e éd., Bruxelles, Larcier, 1966, pp. 324 à 330, n^{os} 352 à 353; C. CAMBIER, *Droit administratif*, Bruxelles, Larcier, 1968, pp. 578 et s.; J. DEMBOUR, *Droit administratif*, 3^e éd., Liège, Faculté de droit, de sciences économiques et sociales de Liège, 1978, pp. 210 à 216, n^{os} 151 à 154; M.-A. FLAMME, *Droit administratif*, t. II, Bruxelles, Bruylant, 1989, pp. 1196 à 1206, n^{os} 505 à 508bis; A. MAST, A. ALEN et J. DUJARDIN, *Précis de droit administratif belge*, 11^e éd., Bruxelles, Story-Scientia, 1989, pp. 526 à 531, n^{os} 590 à 595; A. MAST, J. DUJARDIN, M. VAN DAMME et J. VANDE LANOTTE, *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, 15^e éd., Anvers, Kluwer Rechtswetenschappen België, 1999, pp. 758 à 764, n^{os} 788 à 791; P. BOUVIER, *Eléments de droit administratif*, Bruxelles, De Boeck, 2002, n^o 365, pp. 307 et 308. Voir aussi P. LEWALLE, «La responsabilité délictuelle de l'administration et la responsabilité personnelle de ses agents: un système?», *A.P.T.*, 1989, pp. 6 à 29; Y. LEJEUNE, «La perception de la faute dans la responsabilité civile et dans la responsabilité pénale des pouvoirs publics», *Rev. dr. pén.*, 1994, pp. 353 à 360; F. GLANSDORFF, «Réflexions sur la théorie de l'organe», in *La responsabilité des pouvoirs publics* (actes de colloque), Bruxelles, Bruylant, 1991, pp. 61 à 86; P. LEWALLE, «Responsabilité des pouvoirs publics» et P. HENRY, «La responsabilité du fait d'autrui: commettants, préposés et organes», in C.U.P., *Droit de la responsabilité*, 1996, resp. pp. 59 à 113 et 201 à 271.
11. Il s'agit dans les deux cas d'une responsabilité dite du fait d'autrui. A noter qu'à défaut de pouvoir identifier précisément l'organe à l'origine de la faute, le concept de faute de service permet de la retenir néanmoins – après l'avoir dûment constatée – à charge de la personne morale concernée. Voir Cass., 19 décembre 1991, *Pas.*, 1992, I, p. 365; H. VUYE et K. STANGHERLIN, *o.c.*, *R.G.D.C.*, 2002, pp. 24 et 25.

normalement prudent et avisé, placé dans les mêmes circonstances de fait et de droit.

7. *Le secrétaire est un organe.* Il va relativement de soi que le secrétaire communal compte parmi les organes de la commune – au sens du droit de la responsabilité – et non parmi ses préposés. Non seulement beaucoup de monde l'écrit¹². Mais cela ne semble plus faire aucun doute, aujourd'hui, à lire la jurisprudence récente du Conseil d'Etat, certes relative au secrétaire du C.P.A.S., et non celui de la commune, mais il n'est pas concevable qu'il en aille différemment du secrétaire communal.

Le Conseil d'Etat, récemment¹³, sur rapport conforme de Monsieur l'auditeur Bruno LOMBAERT, a en effet considéré «qu'un stage est incompatible avec la nature des missions et des responsabilités confiées par la loi au secrétaire du C.P.A.S.¹⁴»; qu'en effet, celui-ci est le *premier fonctionnaire* du centre et aucun chef de service ne pourrait jouer à son égard le rôle de maître de stage; qu'en outre, il est le *chef du personnel*, et l'*autorité* qu'une telle mission requiert ne saurait s'accomoder du contrôle qu'implique un stage;

12. Voir en particulier P. LEWALLE, *o.c.*, A.P.T., 1989, p. 9, mentionnant à ce titre les fonctionnaires communaux, et donc *a fortiori* le secrétaire communal; A. COENEN, *o.c.*, M.C., 1994, p. 85; C. DRESSEN, A.-L. DURVIAUX et P. LEWALLE, «La responsabilité délictuelle des communes», *Rev. dr. commun.*, 1994, p. 276 (les fonctionnaires communaux); S. BOLLEN, «La responsabilité civile des communes et de leurs agents», *M.C.*, 1998, p. 19. Conf. note 44

13. C.E., n° 95.365, 15 mai 2001, BUSIN, *Rev. dr. commun.*, 2001, p. 203, extrait rapport auditeur B. LOMBAERT, note J. BOUVIER, «Banc d'essai ou mise au ban?».

14. La faculté pour le conseil de prévoir un stage dans le règlement relatif au statut du secrétaire et du receveur est pourtant désormais prévue par l'arrêté du Gouvernement wallon du 20 mai 1999 fixant les dispositions générales d'établissement des statuts administratif et pécuniaire des secrétaires et receveurs des C.P.A.S. L'illégalité de cet arrêté pourrait donc être constatée pour le même motif que celle du règlement du conseil de l'aide sociale. A moins de considérer qu'un élément déterminant dans le raisonnement du Conseil d'Etat ait été presque passé sous silence, comme en témoignent les termes «encore que» et «il n'en reste pas moins» dans le texte de l'arrêt. Cet élément est que l'article 1^{er} de l'arrêté royal du 20 juillet 1993 fixant les dispositions générales d'établissement des statuts administratif et pécuniaire des secrétaires et receveurs des C.P.A.S., dans lequel la faculté de prévoir un stage n'était pas prévue, ne chargeait le conseil de l'aide sociale de fixer le statut du secrétaire que «dans les limites des dispositions générales du présent arrêté». D'où peut-être l'excès de pouvoir, à titre principal. Force est cependant de constater que la décision du Conseil a été prise en connaissance de cause, car l'auditeur avait souligné l'innovation de l'arrêté du 20 mai 1999 dans son rapport, et que le Conseil était donc bel et bien conscient qu'il suggérerait l'illégalité du nouvel arrêté en mettant en évidence l'argument de l'incompatibilité du stage avec les fonctions de secrétaire. Autrement dit, l'illégalité d'un arrêté pour incompatibilité avec la fonction confiée par la loi a bel et bien été proclamée. Avec pour conséquence qu'une intervention législative – il faudrait dire aujourd'hui une intervention décrétole – est aujourd'hui nécessaire pour changer la fonction et que, dans l'attente, aucun stage ne peut être imposé aux secrétaires des C.P.A.S. et, par identité de motifs, aux secrétaires communaux et aux receveurs communaux et des C.P.A.S. (dans ce sens: J. BOUVIER, *o.c.*, *Rev. dr. commun.*, 2001, p. 209). A moins de voir entre-temps le principe d'égalité invoqué pour contester ce «privilege fonctionnel» conféré par le juge (en quelque sorte), dès lors que la mise à l'épreuve d'un collaborateur à quel que niveau qu'il soit recruté est la norme, tant dans le secteur privé que dans le secteur public (*ibid.*). Il n'est pas évident que l'interprétation de la loi soit conforme à la Constitution sur ce point.

qu'enfin, les *responsabilités personnelles* dont le charge l'article 45, § 1^{er} de la loi organique ne sont pas compatibles avec la situation de sujétion inhérente à tout stage probatoire; qu'en prévoyant un tel stage, le règlement du conseil de l'aide sociale (...) est illégal et que son application doit être écartée en vertu de l'article 159 de la Constitution» (idr)¹⁵. En conséquence de quoi, en l'espèce, l'acte attaqué – le licenciement d'une secrétaire au terme de son stage – est déclaré dépourvu de motif de droit et, par conséquent, annulé, puisqu'il était fondé sur le règlement illégal concerné.

Ce qui importe dans l'arrêt, dans notre perspective, ce n'est évidemment pas la question du stage, mais bien la description des missions confiées au secrétaire. Elle ne laisse guère de doute sur l'issue d'une procédure judiciaire au cas où la responsabilité d'un secrétaire communal serait invoquée. Le secrétaire communal est un organe communal. Car, pour être l'organe de la commune, il suffit de disposer d'une parcelle, si minime soit-elle, de la puissance publique exercée par la commune ou avoir le pouvoir de l'engager vis-à-vis des tiers¹⁶.

Le confirment encore, si nécessaire, les termes utilisés par la requérante pour indiquer que la loi organique organise une *indépendance* et une *autonomie* suffisantes du secrétaire à l'égard des autres organes «afin d'assumer pleinement leur mission de gardien de la légalité à l'égard des décisions du bureau et du conseil»¹⁷.

Le confirme enfin l'auditeur LOMBAERT qui souligne dans son rapport – législation et jurisprudence du Conseil d'Etat à l'appui – que l'emploi de secrétaire du C.P.A.S., comme celui de secrétaire communal, est «essentiel au fonctionnement de l'administration et doit donc être pourvu, en principe par une nomination définitive ou, exceptionnellement, par la désignation temporaire d'un agent faisant fonction»¹⁸. Certes, la nature contractuelle ou statutaire de l'engagement de l'agent n'est pas déterminante pour lui conférer la qualité d'organe, mais, dans les faits, il existe parfois une certaine corrélation et c'est apparemment le cas en ce qui concerne le secrétaire communal.

III. LE SECRÉTAIRE COMMUNAL DANS L'INCERTITUDE

8. *Le secrétaire plusieurs fois discriminé.* S'il ne paraît pas raisonnable de contester que le secrétaire communal soit un organe de la commune emportant l'application du droit commun de la responsabilité en la matière¹⁹, le problème surgit plutôt lorsqu'on évoque la question des dérogations légales au droit commun des responsabilités dont il résulte manifestement

15. C.E., n° 95.365, 15 mai 2001, BUSIN, précité.

16. En vertu de la loi ou des décisions prises ou des délégations données dans le cadre de la loi. Voir spéc. Cass., 27 mai 1963, *Pas.*, 1963, I, p. 1034.

17. C.E., n° 95.365, 15 mai 2001, BUSIN, *o.c.*, *Rev. dr. commun.*, 2001, p. 205.

18. *Ibid.*, p. 208.

19. Pour rappel, le critère de l'organe est irrelevant en matière pénale.

que le secrétaire communal est un des parents pauvres. A tel point qu'il est permis de se demander si le traitement des secrétaires communaux n'est pas discriminatoire – et donc contraire à la Constitution – de ce point de vue. La jurisprudence permet d'anticiper cette conclusion en plongeant toutefois le secrétaire dans l'incertitude tant que la discrimination ne sera pas constatée par écrit, noir sur blanc, dans les arrêts de la Cour d'arbitrage, en ce qui le concerne. Dans l'intervalle, en effet, le secrétaire communal n'est pas en mesure d'apprécier les limites précises de ses responsabilités au moment d'officier. Cela paraît contraire au principe de la sécurité juridique, avec d'autant plus d'acuité pour ce qui concerne le volet pénal de la responsabilité.

Trois motifs d'incertitude peuvent être relevés. Chaque motif se rapporte à une discrimination dont le secrétaire fait l'objet.

Le secrétaire est en effet d'abord un organe communal sous statut, dès lors discriminé par rapport aux autres employés communaux engagés sous contrat de travail (A). La Cour d'arbitrage l'a déjà plusieurs fois affirmé en ayant égard à d'autres fonctionnaires.

Le secrétaire est ensuite un organe communal discriminé par rapport aux autres organes ou préposés communaux qui font l'objet d'une loi particulière venue adoucir les conséquences civiles et pénales de leur responsabilité: cette discrimination-là est moins connue et ne paraît pas avoir déjà été constatée par la Cour d'arbitrage (B).

Le secrétaire est finalement un fonctionnaire dont la tendance en jurisprudence est d'être considéré comme un être parfait auquel on ne pardonne pas la moindre erreur; d'être traité, autrement dit, avec intransigeance (C). L'observation est transposée aux secrétaires, mais elle vaut en réalité pour tous les fonctionnaires et toutes les administrations qui, pourtant, ont souvent à souffrir de l'absence de moyens dégagés – ou affectés avec perspicacité – par le politique.

L'intérêt commun à ces trois discriminations, qui méritent par conséquent d'être abordées successivement, est de permettre l'application de règles plus favorables au secrétaire. Dans les deux premiers cas parce qu'un régime plus adapté à ses fonctions est réservé à d'autres catégories d'employés et qu'en reconnaître le bénéfice au secrétaire revient à empêcher partiellement l'application pure et simple des principes qui viennent d'être rappelés. Dans le troisième cas parce que, pour le reste, si le secrétaire est soumis aux exigences du droit commun, il doit l'être à tout le droit commun; il doit donc pouvoir bénéficier aussi de ses «avantages», en particulier de ses causes d'excuse ou de justification.

A. PREMIÈRE DISCRIMINATION, EN MATIÈRE DE RESPONSABILITÉ CIVILE

9. *Une discrimination déjà ancienne.* Il y a de cela déjà cinq ans, la Cour d'arbitrage a pointé du doigt, pour la première fois, une discrimination entre agents de l'Etat selon qu'ils sont engagés sous statut ou dans les liens d'un

contrat de travail²⁰. Dans ce dernier cas, en effet, l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 sur le contrat de travail exonère le fonctionnaire d'une bonne part de sa responsabilité à l'égard d'une victime éventuelle, mais aussi à l'égard de la commune si elle voulait se retourner contre son agent, qui ne doit répondre que de son dol, de sa faute lourde ou de sa faute légère, mais à condition, dans ce dernier cas, que celle-ci présente dans son chef un caractère habituel. Le travailleur sous contrat, autrement dit, est exonéré de sa faute légère occasionnelle, la plus répandue en pratique.

Le dispositif de l'arrêt est précis: «les articles 10 et 11 de la Constitution sont violés en ce que, en matière de responsabilité civile dans le cadre des relations de travail, d'une part, les articles 1382, 1383 et 1251, 3, du Code civil permettent à l'Etat belge d'exercer un recours contre son organe lorsqu'à la suite d'une faute légère purement occasionnelle commise par celui-ci dans le cadre de ses fonctions, ledit Etat belge a indemnisé la victime du dommage dont son organe a été déclaré responsable et, d'autre part, l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail limite la responsabilité civile du travailleur, lié par un contrat de travail, en cas de dommages causés à l'employeur ou à des tiers dans l'exercice de son contrat, aux cas de dol, de faute lourde et de faute légère habituelle»²¹.

L'arrêt est bien connu, mais moins le problème de son exécution. Car la Cour d'arbitrage n'a évidemment annulé ni l'article 78 de la loi sur le contrat de travail – ce qui aurait diminué les droits de tous au lieu de rétablir les droits de certains – ni l'article 1382 du Code civil qui est le droit commun de la responsabilité civile. Au demeurant, elle n'aurait de toute façon pas pu le

20. C.A., n° 77/96, 18 décembre 1996, *R.C.J.B.*, 1998, p. 222 et note P. COENRAETS, «La responsabilité aquilienne des organes de la puissance publique et la restauration du principe d'égalité», *J.L.M.B.*, 1997, p. 265 et obs. P. HENRY, «La responsabilité des organes: le début de la fin?».

21. Par contre, «L'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail ne viole pas les articles 10 et 11 de la Constitution, en ce qu'il a pour effet qu'un tiers victime d'une faute au sens des articles 1382 et 1383 du Code civil, qualifiée de légère et non habituelle, est traité différemment selon que le fait fautif a été commis par un travailleur qui, en vertu de cet article 18, bénéficie d'une exonération totale de sa responsabilité, ou par un organe de l'autorité non lié par un contrat de travail» (C.A., n° 20/99, 17 février 1999, *Rev. dr. commun.*, 2000, p. 209 et note P. COENRAETS). Selon la Cour, en effet, s'il est possible que l'action intentée par la victime contre l'employeur ne puisse donner lieu à une indemnisation du fait que l'employeur est insolvable et que le dommage n'est pas couvert par une assurance puisque, sur base de l'article 18 précité, le travailleur, quant à lui, ne peut pas être poursuivi en justice pour une faute légère occasionnelle, «Il appartient (toutefois) au législateur d'apprécier si, dans la logique de la limitation de responsabilité qu'il a établie à l'article 18 précité, il convient de prévoir une garantie d'indemnisation des victimes en cas d'insolvabilité de l'employeur. Toutefois, la mise en balance des intérêts des victimes dans cette hypothèse particulière, d'une part, et des intérêts des travailleurs, d'autre part, n'aboutit pas au constat que ladite limitation de responsabilité est, du fait de son effet à l'égard de certaines victimes, disproportionnée à l'objectif poursuivi par l'article 18 précité, à savoir tenir compte du surcroît de risque qu'implique toute activité professionnelle et du fait que les travailleurs exercent la leur, pour partie, au profit de leur employeur. En outre, les victimes précitées ne se trouvent pas dans une situation différente de celle dans laquelle se trouve la généralité des créanciers d'indemnité confrontés à la faillite de leur débiteur».

faire, puisqu'elle était saisie par le biais d'une question préjudicielle. Quoi qu'il en soit, seule une loi serait en mesure de rattraper la discrimination qui lie le juge tant que la loi n'est pas modifiée. Une loi qui, par exemple, assimilerait, du point de vue de la responsabilité, les fonctionnaires sous statut aux agents dans les liens d'un contrat de travail.

10. *Une discrimination persistante*²². Cela fait toutefois cinq ans que cette loi est attendue et que rien ne bouge plus²³ au parlement, apparemment, et ce malgré un second arrêt plus récent qui va exactement dans le même sens, un arrêt du 9 février 2000 en matière d'enseignement²⁴. D'où la cause d'incertitude persistante pour le secrétaire communal... Sera-t-il un jour concrètement tenu pour responsable de sa faute légère occasionnelle, en définitive? Faudra-t-il, autrement dit, que dans chaque secteur d'activités, la Cour d'arbitrage se prononce pour que les obligations de chacun puissent être clairement identifiées?

Dans l'attente, à défaut d'une loi, la seule chose à faire pour le secrétaire communal qui serait en passe d'être condamné pour une faute légère, serait soit de se prévaloir de la jurisprudence constante de la Cour d'arbitrage et de demander au besoin qu'une nouvelle question préjudicielle lui soit posée de manière à éviter l'application d'un régime plus strict que celui réservé par la loi au personnel employé dans les liens d'un contrat de travail, soit éventuellement de citer l'Etat belge en intervention et garantie dans le procès éventuellement en cours, sur base de l'article 1382 du Code civil, dans la mesure où, fixé depuis 1996 sur la discrimination existante et encore rappelé à l'ordre en l'an 2000, l'Etat belge n'a trouvé aucune solution pour y remédier.

22. A noter que cette discrimination avait déjà été dénoncée en son temps par R.O. DALCQ, «Le législateur contre le droit. A propos de l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978», *R.G.A.R.*, 1979, n° 10040; J.-L. FAGNART, «Les faits générateurs de responsabilité – aperçu des principales tendances actuelles», in *Responsabilité et réparation des dommages*, Bruxelles, Jeune Barreau de Bruxelles, 1983, p. 72, n° 85; P.-H. DELVAUX, «Les immunités civiles créées par la loi sur les accidents du travail, en liaison avec l'article 18 de la loi du 3 juillet 1978 et les principes régissant le cumul des responsabilités», *R.G.A.R.*, 1984, n° 10.812/7. *Add.* C. DRESSEN, A.-L. DURVIAUX et P. LEWALLE, *o.c.*, *Rev. dr. commun.*, 1994, p. 288; P. HENRY, in C.U.P., *o.c.*, 1996, pp. 250 et 251 ainsi que 262 à 264 où l'auteur propose au demeurant de réduire le champ de la définition de l'organe à ceux détenant un réel pouvoir de décision ou de direction lié à l'*imperium* et de ne retenir apparemment, en l'occurrence, que les bourgmestres et échevins en ce qui concerne le pouvoir exécutif communal; S. BOLLEN, «La responsabilité civile des communes et de leurs agents», *M.C.*, 1998, p. 21; B. LOMBAERT et M. VERDUSSEN, «La faute civile de l'administration, du ministre et de son cabinet», in *La faute dans différentes branches du droit*, Actes de journée d'étude Paul Rigaux, Jeune barreau de Nivelles, 10 juin 1999, pp. 95 et 107; P. BOUVIER, *o.c.*, 2002, n° 365, p. 308.

23. Un projet de loi semblait en effet avoir été adopté dans ce sens par le Conseil des ministres en 1996, du moins concernant les fonctions publiques fédérale, régionale et communautaire. Voir A. PIRAUX et J.-P. LACOMBLE, «Responsabilités des agents de l'Etat», *Journ. proc.*, 17 mai 1996, p. 1.

24. Dans le même sens, en effet: C.A., n° 19/2000, 9 février 2000 concernant un enseignant du secteur public.

Il a donc été négligent. De la jurisprudence récente va clairement dans ce sens, notamment en matière d'arrière²⁵.

11. Une discrimination provocante. Au-delà de cette solution juridique, il reste toutefois un problème de gestion du personnel, davantage d'ordre psychologique. Ce problème, c'est le message véhiculé par la discrimination formelle qui persiste et qui pourrait fort bien générer chez le secrétaire une attitude prudente ou timorée, d'ailleurs compréhensible, comme chez le receveur, voire une tendance à l'immobilisme ou à l'inertie²⁶. Tarder à remédier à la situation revient à pratiquer une mauvaise gestion du personnel.

Il y va d'une gestion du personnel d'autant plus inquiétante qu'une loi du 5 août 1992 sur la fonction de police est entre-temps venue limiter également la responsabilité du personnel visé par cette loi – dont le personnel statutaire de la police locale, cette fois – toujours aux cas de fautes intentionnelles, lourdes ou légères habituelles. Les contractuels ne sont donc pas les seuls à être privilégiés. La discrimination en ce qui concerne le secrétaire communal n'en est que plus difficile à comprendre puisque, quant à lui, le secrétaire peut être poursuivi pour une faute légère occasionnelle²⁷.

A noter toutefois qu'un juge pourrait décider un jour de suivre une autre voie. Il pourrait par exemple découvrir dans ces lois, de plus en plus nombreuses, un principe général de droit conforté par (voire combiné avec) la jurisprudence de la Cour d'arbitrage. On le perçoit : à cette solution prétorienne, il est préférable que le législateur intervienne lui-même en la matière et qu'il ne laisse pas aux juges, aussi respectables qu'ils soient, le soin d'aménager le droit pour le rendre étiquement plus correct. C'est la cohérence du système dans son ensemble qui en dépend.

B. DEUXIÈME DISCRIMINATION, EN MATIÈRE DE RESPONSABILITÉ PÉNALE

12. Une discrimination plus récente. Deuxième discrimination manifeste, c'est celle du secrétaire communal comparé à d'autres organes communaux

25. Voir sur ce point *supra*, note 4 et sp. civ. Liège, 17 novembre 2000, *J.T.*, 2001, pp. 299 et s., note Y.-H. LELEU ; H. VUYE et K. STANGHERLIN, *o.c.*, *R.G.D.C.*, 2002, pp. 18 à 26, spéc. p. 20.

26. Comp. S. BOLLEN, *o.c.*, *M.C.*, 1998, p. 21 qui relaye en réalité la préoccupation de nombreux auteurs.

27. Sur cette discrimination, voir not. avis de la S.L.C.E., *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1990-1991, n° 1637/1, p. 126 ; A. VAN OEVELEN, «De aansprakelijkheid van de Staat en de gemeente voor de schade veroorzaakt door politieambtenaren en de persoonlijke civielrechtelijke aansprakelijkheid van deze laatsten», in *Om deze redenen. Liber Amicorum A. Vandeplas*, Gand, Mys en Breesch, 1994, pp. 415 à 453, spéc. n°s 8, 23 et 36, resp. pp. 423, 439 et 453 ; C. DRESSEN, A.-L. DURVIAUX et P. LEWALLE, *o.c.*, *Rev. dr. commun.*, 1994, pp. 289 et 290 ; F. KOEKELBERG, «La réparation des dommages causés par les fonctionnaires de police de la police communale au regard des dispositions du chapitre V de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police», *Rev. dr. commun.*, 1994, pp. 323 à 331, spéc. p. 331 ; F. GLANSDORFF, «La responsabilité civile des gendarmes et policiers dans la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police», *R.G.A.R.*, 1995, n° 12.535/1 et 2 ; P. HENRY, in C.U.P., *o.c.*, 1996, p. 271 ; S. VAN GARSSE, *o.c.*, *C.D.P.K.*, 2000, n° 24, p. 357.

exposés, spécialement le bourgmestre et les échevins, en ce qui concerne plus particulièrement la responsabilité pénale et ses conséquences sur le plan civil.

On sait en effet que, depuis le 4 mai 1999, une loi relative à la responsabilité pénale des bourgmestres, échevins et membres de la députation permanente est venue déroger au droit commun de la responsabilité pénale²⁸.

Cette loi adoucit les conséquences civiles et pénales d'une condamnation pénale qu'essuieraient le bourgmestre ou les échevins dans le cadre de l'exercice de leurs fonctions. Pour faire court, la loi protège les organes intéressés de trois manières.

1. Elle permet au bourgmestre et à l'échevin d'appeler à la cause la commune en cas de poursuite contre eux, même pour répondre d'une demande de dommages et intérêts devant la juridiction répressive, ce que la jurisprudence répressive refusait auparavant.

2. Elle met en place un système de responsabilité civile dans le chef de la commune, à concurrence des amendes pénales auxquelles le bourgmestre ou l'échevin peuvent être condamnés.

3. Elle impose à la commune de contracter une assurance visant à couvrir la responsabilité civile qui incombe personnellement au bourgmestre ou à l'échevin dans l'exercice normal de leurs fonctions.

13. Une double discrimination. Il faut de suite préciser qu'en dehors de cette loi, l'on pouvait déjà s'interroger sur la différence de traitement qui frappe les organes des personnes morales de droit privé ou public par rapport aux organes des collectivités publiques qui sont exclues d'une autre loi du 4 mai 1999 instaurant cette fois la responsabilité pénale de toutes les personnes morales²⁹, à l'exception de celle des autorités démocratiquement élues, dont

28. Voir sur ce point T. DE GENDT, *De strafrechtelijke aansprakelijkheid van burgemeesters en schepenen na de wet van 4 mei 1999. Kunnen burgemeesters en schepenen nog steeds beklaagd(e) worden?*, Bruges, La Chartre, 2001, 97 p.; G. VAN HAEGENBORGH, «De civielrechtelijke aansprakelijkheid van burgemeesters en schepenen na de Wet van 4 mei 1999: de 'professionele' aansprakelijkheidsverzekering als redmiddel tegen de uitdeinende persoonlijke aansprakelijkheid van lokale mandatarissen», *T.V.G.*, 2000, pp. 4 à 16; L.M. VENY, «De burgerrechtelijke aansprakelijkheid en strafrechtelijke verantwoordelijkheid van lokale mandatarissen», *R. Cass.*, 1999, pp. 324 à 333; E. MARON, «Statut, missions et responsabilités des bourgmestres et échevins: la responsabilité pénale des bourgmestres et échevins à la lumière de la loi du 4 mai 1999», *M.C.*, 2000, pp. 121 à 129; A. MASSET, «La loi du 4 mai 1999 relative à la responsabilité civile et pénale des bourgmestres, échevins et membres de la députation permanente», in C.U.P., *Le point sur le droit pénal*, 2000, pp. 249 à 267; H. REYNAERT, «Het statuut van de lokale mandatarissen: een overzicht van de belangrijkste wijzigingen», *T. Gem.*, 2000, pp. 287 à 306.

29. Voir sur le sujet A. MASSET, «La loi du 4 mai 1999 instaurant la responsabilité pénale des personnes morales: une extension du filet pénal modalisée», *J.T.*, 1999, pp. 653 à 660; J. MEESE, «Toelichting bij de wet van 4 mei 1999 tot invoering van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen», in E. BREWAEYS (ed.), *Recente wetgeving 1998-99*, Gand, Mys en Breesch, A.J.T.-Libri, 1999, 248 p.; G. STESENS, «De wet van 4 mei 1999. Een eerste schets van het beginsel van strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen», *V&F*, 1999, pp. 224 à 238; P. TRAEST, «De wet van 4 mei 1999 tot invoering van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen», *T.R.V.*, 1999, pp. 451 à 489; H.A.

la commune fait évidemment partie³⁰. On ne voit en effet pas en quoi la nature démocratique de la commune concerne le secrétaire communal sur le plan de sa responsabilité³¹. Le motif avancé dans les travaux préparatoires est d'ailleurs qu'elles disposent d'un organe directement élu selon des règles démocratiques. Or, déjà l'exclusion des collectivités publiques, dans son principe, prêtait le flanc à la critique au regard des articles 10 et 11 de la Constitution³².

DE NAUW et F. DERUYCK, «De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen», *R.W.*, 1999-2000, pp. 897 à 914; VAN BAVEL, «De wet van 4 mei 1999 tot invoering van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen», *A.J.T.*, 1999-2000, pp. 209 à 226; J. MESSINNE, «Propos provisoires sur un texte curieux: la loi du 4 mai 1999 instituant la responsabilité pénale des personnes morales», *Rev. dr. pén.*, 2000, pp. 637 à 659; S. VAN GARSSE, «De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen», *C.D.P.K.*, 2000, pp. 347 à 359; P. WAETERINCKX, «De cumulatie van de strafrechtelijke verantwoordelijkheid van de rechtspersoon met die van de natuurlijke persoon», *R.W.*, 2000-2001, pp. 1217 à 1229; F. DERUYCK, «La loi du 4 mai 1999 sur la responsabilité pénale des personnes morales», *R.D.C.*, 1999, pp. 653 à 657. Voir encore F. KEFER, «La responsabilité pénale de la personne morale: une réponse de plus à la délinquance d'entreprise», in C.U.P., *Le point sur le droit pénal*, 2000, pp. 7 à 40; C. VANDERLINDEN, «La loi instaurant la responsabilité pénale des personnes morales et le droit pénal spécial», *Rev. dr. pén.*, 2000, pp. 660 à 687; A. MASSET, «La responsabilité pénale dans l'entreprise», *G.U.J.E.*, 2^e éd., t. XII, L. 119.3, 19 février 2001, 99 p.; H. VAN DRIESSCHE, «Evolutie naar de strafrechtelijke milieuaansprakelijkheid van alle publiekrechtelijke personen», *R.W.*, 1999-2000, pp. 833 à 843.

Concernant un avant-projet antérieur à celui devenu la loi du 4 mai 1999, voir F. DERUYCK, «Pour quand la responsabilité pénale des personnes morales en droit pénal belge?», *J.T.*, 1997, pp. 697 à 704; W. CASSIERS, «La responsabilité des personnes morales: une solution en trompe l'œil?», *Rev. dr. pén.*, 1999, pp. 823 à 859; C. HENNAU, G. SCHAMPS et J. VERHAEGEN, «Indispensable responsabilité de l'entreprise, inacceptable culpabilité collective – A propos de l'avant-projet de loi belge relative à la responsabilité pénale des personnes morales», *J.T.*, 1998, pp. 561 à 570; Y. HANNEQUART, «La responsabilité pénale des personnes morales: punir l'être collectif ou corriger ses déficiences?», *J.T.*, 1999, pp. 281 à 283.

30. Le nouvel article 5, dernier alinéa, du Code pénal dispose en effet que «ne peuvent pas être considérés comme des personnes morales responsables pénalement pour l'application du présent article: l'Etat fédéral, les Régions, les Communautés, les provinces, l'agglomération bruxelloise, les communes, les organes territoriaux intracommunaux, la Commission communautaire française, la Commission communautaire flamande, la Commission communautaire commune et les centres publics d'aide sociale» (idr).
31. Une discrimination du même ordre ou apparentée touchait le personnel des assemblées législatives ou de leurs organes avant qu'une loi du 25 mai 1999 ne vienne modifier l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat en élargissant les voies de recours devant le Conseil d'Etat, sous la pression de la Cour d'arbitrage. Voir sur ce point not. C.A., n° 31/96, 15 mai 1996 (question préjudicielle), *J.T.*, 1997 (abrégé), p. 2, note H. SIMONART, *T.B.P.*, 1996, p. 564, *R.R.D.*, 1996, p. 369 et note C. HOREVOETS.
32. Dans ce sens, voir G. BOURGEOIS, *Doc. parl.*, Ch. repr., sess. ord. 1998-1999, n° 2093/3 (amendement rejeté dans la confusion); J. MESSINNE, *o.c.*, *Rev. dr. pén.*, 2000, pp. 645 et 646; C. VANDERLINDEN, *o.c.*, *Rev. dr. pén.*, 2000, p. 662; S. VAN GARSSE, *o.c.*, *C.D.P.K.*, 2000, p. 354, n° 17 et p. 359, n° 30. Tout au plus le législateur pouvait-il prévoir une immunité liée et proportionnée au bon fonctionnement des institutions ou des services publics concernés. *Contra* (entre-temps): C.A., n° 128/2002, 10 juillet 2002, la Cour justifiant légèrement l'immunité par l'argument critiquable, voir limite, selon lequel la responsabilité pénale

A l'évidence, cette deuxième différence de traitement, sur le plan pénal, est d'autant plus sensible pour un fonctionnaire comme le secrétaire communal – au même titre cette fois que pour les receveurs et les conseillers communaux d'ailleurs – qu'il ne fait pas l'objet, quant à lui, d'une loi particulière sur mesure³³. L'irresponsabilité pénale de la commune, en l'occurrence, a en effet pour conséquence à son égard que, sauf loi particulière, seules les personnes physiques auxquelles l'infraction est imputable, peuvent utilement faire l'objet d'une procédure répressive pour en répondre, et ce même lorsque la faute a été commise dans l'exercice – voire dans l'exercice normal – de leurs fonctions³⁴. Répondre de l'infraction, cela veut dire en supporter la peine éventuellement prononcée, mais aussi les amendes et, le cas échéant, les conséquences civiles qui résultent de l'infraction, comme le veut la jurisprudence pénale. A charge certes, pour le secrétaire, de se retourner peut-être ultérieurement contre la commune – son employeur – devant la juridiction civile, mais à ses frais, le cas échéant. Or, les honoraires d'avocats sont souvent conséquents et ils ne sont toujours pas considérés par la Cour de cassation comme faisant partie intégrante du dommage³⁵...

14. Une discrimination remédiable. Il est vrai qu'aujourd'hui, la responsabilité pénale des secrétaires communaux n'est guère invoquée que dans des cas exceptionnels qui n'ont pas grand chose à voir avec l'exercice de leurs fonctions. Mais qui pouvait prédire il y a dix ou vingt ans, en ce qui concerne le bourgmestre et les échevins, que l'évolution des mentalités et des législations³⁶ allait conduire à un éclatement de ce contentieux? Si tel devenait le cas en ce qui concerne le secrétaire communal, il y aurait matière pour lui à demander au juge qu'une question préjudicielle soit posée à la Cour d'arbitrage concernant ces deux traitements différenciés qui ne paraissent pas fondés³⁷.

collective comporterait dans ce cas «plus d'inconvénients que d'avantages, notamment en suscitant des plaintes dont l'objectif réel serait de mener, par la voie pénale, des combats qui doivent se traiter par la voie politique».

33. A l'inverse, A. MASSET parle de «régime discriminatoire adouci» en ce qui concerne les bourgmestres et échevins communaux (*o.c.*, 2001, p. 19, note 3).

34. A. MASSET écrit à cet égard que les personnes morales dispensées «ne peuvent être inquiétées pénalement en tant que telles: la responsabilité pénale sera approchée par le recours à la technique classique de recherche de la responsabilité pénale individuelle des personnes physiques composant ces entités et groupements» (*o.c.*, *J.T.*, 1999, p. 655, n° 10).

35. Voir cependant récemment Mons, 23 mars 2000, *J.T.*, 2001, p. 8. Sur le sujet, voir not. «A propos des honoraires d'avocats», *J.T.*, 1999, numéro spécial, pp. 457 à 488; M. NIHOUL, «La répétibilité des honoraires du conseil en matière d'expropriation: vers une indemnité de défense en marge du droit commun?», *J.T.*, 1996, p. 401 à 410.

36. Comp. E. MARON, *o.c.*, *M.C.*, 2000, p. 122 ainsi que *Doc. parl.*, Sén., sess. ord. 1997-1998, n° 1-987/1, pp. 1 et 2 en ce qui concerne les bourgmestres et échevins auparavant tiraillés entre la volonté d'entreprendre et la crainte de fauter, l'obligation d'agir et le risque d'omettre.

37. Dans la mesure où la doctrine est quasi unanime sur ce point depuis plusieurs années, on peut en outre se demander si l'Etat fédéral, à travers son législateur et son Gouvernement, n'est pas une nouvelle fois négligent en ne tentant pas de remédier à cette double discrimination. Le cas échéant, il conviendrait, au besoin, de le citer en intervention et garantie.

Quant au législateur, il a en quelque sorte l'embarras du choix pour éviter de faire des secrétaires communaux de «perpétuels inquiets»³⁸.

Soit il étend au secrétaire le régime particulier des bourgmestres et échevins, mais il subsiste alors une discrimination par rapport aux personnes morales de droit privé (sans être sûr que le critère de l'élection soit un critère suffisant).

Soit le législateur étend aux collectivités publiques le principe de la responsabilité pénale des personnes morales et le tour paraît alors joué pour tout le monde. A condition, bien sûr, d'étendre dans un même temps aux fonctionnaires sous statut³⁹ le régime de la responsabilité des travailleurs salariés qui, s'il ne vise pas le volet pénal de la responsabilité, est décisif quant à son volet civil.

15. Une discrimination de plus en plus vraisemblable. Dans l'attente, avant d'en arriver à la troisième discrimination, des développements récents en matière de responsabilité pénale des bourgmestres et échevins méritent que l'on s'y arrête. Ils permettent en effet de prendre conscience qu'il suffirait d'un rien pour voir le juge déboucher sur la responsabilité du secrétaire communal, au besoin jointe avec celle des bourgmestres et échevins. La responsabilité du secrétaire communal est imminente et pourrait éclore aussi subitement que celle des bourgmestres et échevins il y a quelques années.

L'on en veut pour indice que le 26 mars 1987, la Cour d'appel de Liège condamnait le bourgmestre et l'échevin des travaux d'une commune rurale du chef d'homicide involontaire pour défaut de prévoyance, en ce compris à réparer sur le plan civil le dommage causé. Pour éviter une importante marre d'eau non signalisée dans un carrefour en croix, un cycliste avait dû braquer à contre-sens, ce qui provoqua sa glissade jusque sous les roues d'un attelage agricole⁴⁰.

Plus récemment, le 26 décembre 1997, la Cour d'appel de Bruxelles, cette fois, a retenu la responsabilité pénale de chacun des membres d'un collège pour avoir décidé à l'unanimité le placement de chicanes dangereuses, responsabilité ajoutée à celle individuelle du bourgmestre pour ne pas avoir retiré assez vite ces chicanes une fois informé du premier accident⁴¹. L'arrêt a

38. Comp. R. ANDERSEN et G. VAN FRAEYENHOVEN, «La responsabilité de l'administration fiscale», in *La responsabilité des pouvoirs publics* (actes de colloque), Bruxelles, Bruylant, 1991, p. 256.

39. Une loi spécifique aux secrétaires communaux serait également discriminatoire. Comp. B. FROIDURE et A.-E. BOURGAUX, «La responsabilité personnelle civile et pénale des bourgmestres», *M.C.*, 1997, pp. 76 à 81, ici p. 81 ; M. BOVERIE, «La responsabilité pénale des mandataires locaux», *M.C.*, 1998, pp. 146 à 153, ici p. 151.

40. Liège, 26 mars 1987, *J.L.M.B.*, 1987, p. 845, «confirmé» par Cass., 21 octobre 1987 (voir J.-M. LEBOUTTE, «La responsabilité personnelle des organes de la commune», *M.C.*, 1988, pp. 7 à 9 et 149 et les critiques formulées par l'auteur). La plupart des études consacrées à la responsabilité locale, citées dans la présente contribution, font directement référence à l'arrêt.

41. Bruxelles, 26 décembre 1997, *M.C.*, 1998, p. 665.

été confirmé par un arrêt de principe de la Cour de cassation du 3 mars 1999⁴².

16. *Le critère relatif du pouvoir de décision.* Il semble certes que ce soit le *pouvoir de décision* qui ait entraîné la responsabilité des bourgmestre et échevins, dans le second cas, ce qui serait plutôt de bonne augure pour le secrétaire communal qui donne «seulement» son avis⁴³ ou prépare «simplement» le dossier⁴⁴.

Dans l'affaire du 26 mars 1987, cependant, l'échevin des travaux n'avait apparemment aucun pouvoir de décision pris individuellement, mais plutôt un rôle d'initiative, d'influence et de conseil dans une matière particulière... celle des travaux. On le voit, on n'est pas loin de la compétence d'avis, ni de celle liée à la préparation active d'un dossier. Et si la responsabilité conjointe d'un bourgmestre et de son échevin des travaux a été admise en degré d'appel, il est à craindre, un jour, que celle du secrétaire communal le soit aussi, selon les éléments concrets du dossier et l'organisation concrète dans la

42. *Rev. dr. commun.*, 2001, p. 134 et note, «Organisation de la circulation routière et responsabilité pénale des mandataires locaux», *J.L.M.B.*, 2001, p. 716.

43. Cet avis n'est certes pas obligatoire et systématique, mais il pourrait être analysé après coup comme nécessaire, voire indispensable, selon les circonstances, et son absence comme constitutive de négligence, le cas échéant. La responsabilité éventuelle du secrétaire ne procède donc pas de l'adage un peu simpliste «Qui ne dit mot consent», mais bien de la mission qui lui est dévolue; autrement dit, de ce que l'on attend d'un secrétaire qu'il s'investisse dans les dossiers communaux pour informer, conseiller et préparer des décisions qui seraient différentes à défaut de son influence et de sa conscience professionnelle. En ce qui concerne la préparation des affaires et la compétence facultative d'avis, voir M. BOVY, «Le secrétaire communal, un 'scribe' transformé en 'manager' ?», *Bull. Créd. Comm.*, 1991, n° 3, pp. 52 et 53, textuellement suivi par P. LAMBERT (éd.), *Manuel de droit communal*, t. I, «La Nouvelle loi communale», Bruxelles, Nemesis, 1992, pp. 56 à 58; A. COENEN, *o.c.*, *M.C.*, 1994, p. 13.

44. Les termes «seulement» et «simplement» sont mis entre guillemets, car il vaut mieux formuler les choses ainsi lorsqu'il est question de responsabilité pénale... Comp. P. HENRY, *o.c.*, *J.L.M.B.*, 1997, p. 272 qui ne mentionne pas le secrétaire communal parmi ceux qui détiennent réellement un pouvoir de décision ou direction au sein de la personne morale communale, à la différence des bourgmestres et échevins. A son estime, apparemment, il ne devrait donc pas être considéré comme un organe. Le secrétaire, pourtant, dirige les services communaux et il est le chef du personnel, comme le confirme F. DELPEREE in «Le nouveau secrétaire communal», *Bull. Créd. Comm.*, 1994, n° 187, p. 49. Il est un «officier ministériel», conformément à la définition également limitée de l'organe que souhaitait retenir C. CAMBIER, *o.c.*, 1968, pp. 579 et 580 et resp. notes 2 et 1. L'article 26bis de la Nouvelle loi communale, pour rappel, charge le secrétaire communal de la préparation des affaires soumises au conseil et au collège ainsi que, sous l'autorité du collège, de la direction et de la coordination des services communaux et de la direction du personnel dont il est censé être le chef. Il n'est donc pas un «simple» «agent d'exécution» sans autonomie, au sens de la théorie limitative proposée encore par P. WIGNY, *o.c.*, 4^e éd., 1962, n° 386, p. 299. A noter que si les auteurs de précis de droit administratif se montrent ainsi favorables à une limitation du champ d'application de l'organe, sans mentionner le secrétaire au niveau communal, il n'est pas pour autant permis d'en tirer comme conclusion que le secrétaire, même selon cette optique, ne serait pas un organe. A noter cependant que C. CAMBIER, dans son ouvrage consacré à la responsabilité de la puissance publique, évoque la classification des secrétaires communaux, en doctrine classique, parmi les fonctionnaires de gestion ou employés publics, par opposition aux fonctionnaires d'autorité (*o.c.*, 1947, p. 173).

commune concernée. Le secrétaire est au demeurant le gardien de la légalité. Et comme toute illégalité est constitutive de faute, certes excusable mais de faute quand même, sa responsabilité civile, au moins, est loin d'être improbable ou fantaisiste.

Par conséquent, il convient pour le secrétaire d'être prudent mais actif, et au besoin de marquer son désaccord ou d'émettre des réserves actées au procès-verbal lorsqu'une décision ne lui paraît pas raisonnable ou fondée. Au-delà de sa crédibilité, il pourrait y aller un jour de sa responsabilité. Comme celle de cet échevin qui, à lire l'arrêt de la Cour d'appel de Liège du 26 mars 1987, avait simplement hérité du cabinet des travaux, attribué par mesure d'ordre intérieur au sein du collège échevinal. Attribution dont la cour a tout de même déduit, certes non une délégation de pouvoir, mais bien une «délégation de surveillance» jugée suffisante que pour entraîner sa condamnation⁴⁵! Comme celle, aussi, de cet échevin apparemment condamné au civil, l'action publique étant prescrite, pour ne pas avoir *informé* le collège d'une situation qu'il savait dangereuse, et ce au terme d'un arrêt *inédit* du 2 février 1988 également rendu par la Cour d'appel de Liège⁴⁶.

A noter que la responsabilité ne semble pas plus à craindre pour le secrétaire dans la fonction de scribe que dans celle de chef du personnel ou de gestionnaire des dossiers, dans ses volets préparation et exécution. Certes, dans les trois cas le pouvoir de décision n'est pas vraiment propre car il y a respectivement l'approbation du procès-verbal, l'autorité du collège ou les instructions du conseil, du collège ou du bourgmestre. Dans les trois cas, cependant, le rôle du secrétaire est généralement central. Le cas échéant, ce sont les pièces du dossier administratif qui permettront de l'établir concrètement. Avec pour conséquence l'imputabilité ou non d'une faute selon le rôle effectivement joué par le secrétaire *in casu* et *in concreto*. Mais aussi avec cette «circonstance aggravante» qu'aux yeux du grand public, le secrétaire joue en principe un rôle réellement décisif dans les affaires communales...

17. *L'hypothèse d'une décision collégiale.* En matière de pouvoir de décision, il est également intéressant de s'arrêter quelques instants sur l'arrêt de la Cour de cassation du 3 mars 1999 et ses attendus pour mieux en percevoir la portée.

Selon la cour, même si le collège est un corps délibérant dont les membres pris isolément n'ont, en règle, aucun pouvoir de décision, il n'empêche qu'une faute peut être imputée au fait personnel de ses membres, individuellement.

Il faut préciser qu'en l'espèce la décision avait été prise à l'unanimité et sans réserve. La cour n'a donc pas accepté que le juge du fond condamne les membres du collège au seul motif qu'ils ont siégé au sein de cet organe, ce qui serait revenu à instituer une responsabilité pénale collective. Non. La cour

45. *O.c.*, J.L.M.B., 1987, p. 849.

46. Cité par J.-M. LEBOUTTE, *o.c.*, M.C., 1988, p. 149 et A. MASSET, in C.U.P., *o.c.*, 2000, p. 255, note 7.

admet – c'est-à-dire qu'elle trouve légal – que le juge constate en fait que chaque membre avait décidé de mettre en œuvre un dispositif dont il devait pourtant apercevoir le danger, engageant ainsi sa responsabilité propre en dépit du caractère collégial de la délibération.

18. *La portée d'une « responsabilité collégiale ».* Quelle est la portée d'une telle considération?⁴⁷

Elle est, semble-t-il, qu'en cas de décision prise à la majorité, seuls les membres qui ont voté pour la décision incriminée peuvent en être tenus pour responsables.

Mais *quid*, par exemple, en cas de partage des voix sans que l'identité des votes ne figure dans le procès-verbal par une désignation nominative?⁴⁸ Le cas échéant, le problème est plus une question de preuve que d'imputabilité. Une instruction menée intelligemment devrait permettre de recouper les informations. A la limite, et compte tenu de cette nouvelle jurisprudence, la rédaction imprécise du procès-verbal pourrait peut-être même être reprochée à son auteur...

Est-ce à dire que l'abstention ou la simple réserve suffise à exonérer de sa responsabilité? Cela dépendra sans doute des circonstances de fait en ce qui concerne les décideurs, mais tel doit bien être le cas en ce qui concerne le secrétaire communal, puisqu'il ne peut pas, quant à lui, prendre part au vote... à supposer, bien sûr, que l'idée de mettre sa responsabilité en cause germe un jour dans l'esprit d'un plaideur imaginaire⁴⁹...

19. *Nuances.* Cela étant, toutes les décisions ne sont pas dangereuses. Dans le cas d'espèce, pour rappel, la prévention de coups et blessures et d'homicide involontaire par imprudence trouvait son origine dans le placement d'un ralentisseur de vitesse dans une agglomération. L'aménagement avait été conçu de manière à créer un véritable obstacle qui s'était révélé gravement dangereux car il n'était ni suffisamment visible la nuit, ni signalé de façon exceptionnelle, eu égard au fait que le danger était tout à fait anormal et de nature à tromper la légitime confiance des usagers. Selon la cour, le caractère périlleux du dispositif tel que conçu devait être perçu par chaque membre du collège au moment où il a pris la décision de le mettre en œuvre. On n'est pas loin, dans le cas d'espèce, d'une sorte de contrôle marginal.

De manière plus générale, cependant, il faut tout de même relever que la tendance est à la responsabilisation de tous les acteurs politiques au sens large – parmi lesquels il convient d'inclure le secrétaire communal, même s'il

47. A noter au passage qu'un échevin ne pourrait évidemment pas se prévaloir simplement du fait qu'il n'était pas compétent pour poser un acte déterminé afin de s'exonérer de sa responsabilité civile ou pénale. Encore faut-il qu'il n'ait pas donné l'impression de l'être. Mais là n'est pas la question.

48. *Comp. Rev. dr. commun.*, 2001, p. 140 et le cas de l'abstention non désignée nominativement déjà évoqué par M. BOVERIE en 1998 in «La responsabilité communale en matière de voiries. Chronique de jurisprudence (1994-1998)», *M.C.*, p. 665.

49. L'évolution du droit en dépend pour une part considérable.

échappe à proprement parler à la responsabilité politique –. Cette tendance est marquée par les affaires I.N.U.S.O.P. et AGUSTA auxquelles il faut ajouter aujourd'hui l'arrêt de la Cour de cassation du 3 mars 1999. Le message est on ne peut plus clair: à tous les échelons du pouvoir, il faut assumer ses responsabilités. Il faut éviter de se transformer en presse-bouton ou en «lève-bras», selon le mode de scrutin utilisé. On ne peut plus se permettre de faire les gratte-papier.

20. *Avertissements.* Avant de passer à la troisième discrimination, il convient d'insister encore sur deux points.

Premièrement. Régulièrement, lors de congrès, le secrétaire communal se montre demandeur de plus de pouvoir et de compétences au niveau local; il souhaite un rôle renforcé en matière de gestion du personnel et d'exécution des décisions démocratiques, en particulier⁵⁰. Bien, mais attention! Plus de pouvoir signifie pour lui plus de responsabilité, et non au pluriel cette fois, mais bien au singulier, encore que dans le cas présent ce soit une responsabilité double: une responsabilité professionnelle à la fois civile et pénale. Il faut en être conscient.

Deuxième considération. Déjà dans l'état actuel de ses compétences, il ne peut pas être totalement exclu qu'il y ait place, concrètement, mais ce seraient les dossiers et les pièces qu'ils contiennent qui parleraient le cas échéant, il n'est pas exclu qu'il y ait place dès aujourd'hui pour une responsabilité du secrétaire communal conjointe à celle des organes locaux. Dès aujourd'hui, il paraît en effet probable de reprocher éventuellement au secrétaire communal de ne pas avoir attiré l'attention du décideur sur tel risque ou telle obligation dont il devait avoir connaissance et qu'il devait apercevoir au moment de préparer le dossier. La formation du secrétaire communal pourrait être décisive dans ce cadre – il va de soi qu'une faute juridique, par exemple, est plus facile à imputer à un juriste, le cas échéant –. Autre élément important, mais c'est une évidence, c'est la mesure de l'implication du secrétaire dans la préparation du dossier. Encore que le secrétaire communal est un professionnel des affaires communales et que sa responsabilité doit par conséquent être appréciée comme telle⁵¹.

21. *Le secrétaire communal est tout de même un organe...* Une preuve supplémentaire de cette probabilité d'une responsabilité du secrétaire peut être trouvée dans le fait que tout le monde s'accorde à voir dans le secrétaire communal un organe.

50. Voir not. M. NIHOUL, «Quelle(s) mission(s) de Service Public pour les Secrétaires Communaux à l'aube du troisième millénaire?», *Le 26bis*, 2002; M. BOVY, o.c., *Bull. Créd. Comm.*, 1991, n° 3, pp. 49 à 56. Add. R. MAES, «De gemeentesecretaris: koordnansen op de scheidinglijn tussen politiek en ambtelijk management», *T.V.G.*, 1999, pp. 3 à 14.

51. Il doit veiller à la fiabilité de ses informations et de ses avis juridiques, etc. Il s'agit toutefois d'une obligation de moyens. Il ne faut jamais le perdre de vue.

La description que fait Alain COENEN du rôle et de la responsabilité du secrétaire communal est très éloquente sur ce point⁵². Certes, le secrétaire n'est pas un décideur politique. Mais « Cette irresponsabilité politique ne doit cependant pas être l'arbre qui cache la forêt ; elle ne peut pas faire perdre de vue les importantes responsabilités de nature administrative, civile ou pénale qui peuvent résulter de la façon dont il accomplit ses différentes missions ».

Certes, l'autorité du secrétaire vis-à-vis des citoyens est moins évidente que celle des officiers et agents de police ou de receveur communal à travers ses contraintes. Toutefois, le secrétaire est directement impliqué dans les décisions communales – il intervient en amont, à côté et en aval de la décision –, notamment dans les délibérations parfois contraignantes pour le public, comme les ordonnances de police. En outre, le secrétaire influence de fait certaines décisions, tant par ses connaissances techniques que par le crédit qu'il a pu acquérir auprès des mandataires. Enfin, les mandataires définissent les options fondamentales de gestion politique et financière, mais c'est le secrétaire qui, quotidiennement, prendra les innombrables décisions nécessaires pour la préparation ou la mise en application desdites options, pour la conduite des services communaux et la direction du personnel.

Bref, le secrétaire est associé activement à l'exercice de la puissance publique, ce qui lui vaut d'être rangé parmi les organes de la commune. Il est – pour utiliser des termes forts – en quelque sorte le co-auteur⁵³, au moins le complice, des décisions communales... avec tout ce que cela peut comporter comme risques s'il ne joue pas suffisamment son rôle, avec suffisamment de conscience professionnelle, tel un échevin qui seconderait mal son bourgmestre...

En somme, il semble que le parapluie du secrétaire ne puisse pas demeurer éternellement ouvert. Et s'il est exact que le secrétaire doit en principe se conformer aux instructions du conseil ou du collège, lorsqu'il y en a, pareille « obéissance » ne peut jamais être déraisonnable⁵⁴. On peut par ailleurs se demander si le conseil et le collège agissent à son égard comme de véritables supérieurs, compte tenu de son indépendance. Il n'est par conséquent pas du tout évident, *a priori*, que le secrétaire puisse se prévaloir, selon le cas, du commandement de l'autorité comme cause de justification ou de l'ordre illégal en tant que cause d'excuse absolutoire. Encore faudrait-il, au minimum, que l'on soit en présence d'instructions précises.

C. TROISIÈME DISCRIMINATION, EN MATIÈRE DE RESPONSABILITÉS

22. *Une discrimination « de fait », commune aux administrations.* Troisième discrimination, dont il a déjà été remarqué qu'elle dépasse le cas du secrétaire communal. Elle est l'objet d'un combat déjà entamé ailleurs⁵⁵.

52. *O.c.*, *M.C.*, 1994, resp. p. 81 et pp. 85 et 88.

53. Le coopérateur direct ou l'aidant.

54. Voir A. COENEN, *o.c.*, *M.C.*, 1994, p. 86, au sens des articles 152 et 260 C. pén.

55. *O.c.*, 2001.

En droit belge, l'administration est sujette au droit commun, à tout le droit commun, et pas seulement au droit commun de la responsabilité, comme on a pourtant tendance à le soutenir en droit belge; à tout le droit commun, sauf évidemment l'hypothèse d'une dérogation légale expresse; à tout le droit commun, y compris en matière de responsabilité, dans laquelle les juges, du point de vue légal, ne peuvent pas faire de distinction entre les personnes, selon qu'elles sont privées ou publiques. Or, tous les jours, il est donné de constater, devant les cours et tribunaux en particulier, qu'un *a priori* défavorable pèse aujourd'hui sur l'administration lorsqu'elle doit comparaître devant un tribunal⁵⁶. Cela se manifeste notamment eu égard au critère de l'urgence en référé: l'urgence est quasi présumée lorsque l'administration risque de porter préjudice au particulier, mais rarement lorsque c'est à l'administration – souvent l'intérêt général – qu'il est porté atteinte, toutes proportions gardées⁵⁷. Toute illégalité est constitutive de faute, entend-on aussi scander dans les prétoires, sans daigner avoir égard à une éventuelle cause d'excuse, fut-elle invincible, parce que ce serait inconvenant ou cela irriterait le juge.

Inutile de préciser que le même préjugé frappe le fonctionnaire, en tout cas lorsque ce n'est pas contre lui que s'acharne l'administration (du moins est-elle rapidement perçue comme telle). Dans un Etat de droit, pourtant, et compte tenu de l'application des mêmes règles légales et des mêmes principes en matière de responsabilité civile⁵⁸, c'est intolérable⁵⁹. Car s'il y a bien un enseignement à tirer de l'arrêt «LA FLANDRIA», c'est bien celui de l'application du droit commun lorsque la loi commune ne distingue pas selon la personne ou la matière concernés. Il faut donc que cela cesse, dûssions-nous insister pour que la Cour d'arbitrage soit saisie, au besoin, d'une interprétation discriminatoire des articles 1382 et suivants de la Constitution, contraire aux principes d'égalité et de non-discrimination. Certes, toute la difficulté résidera, le cas échéant, dans ce que le traitement différencié procède en pratique d'une appréciation en fait par les juges du fond, par conséquent difficile à cristalliser dans une interprétation en droit. Avis est néanmoins

56. Comp. F. MAUSSION, «La responsabilité des pouvoirs locaux», in *La responsabilité des pouvoirs publics* (actes de colloque), Bruxelles, Bruylant, 1991, pp. 87 à 121, ici p. 89 en ce qui concerne les communes; J.-L. FAGNART, «Les communes dans la tourmente de la responsabilité civile», *Rev. dr. commun.*, 1994, pp. 301 à 345, impl.; B. DUBUISSON, «Faute, illégalité et erreur d'interprétation en droit de la responsabilité civile», note sous Cass., 26 juin 1998, *R.C.J.B.*, 2001, spéc. pp. 46 à 59.

57. M. NIHOUL, *o.c.*, 2001, n° 268, p. 341 et note 692.

58. Le problème ne se pose pas dans les mêmes termes en droit pénal, mais il existe néanmoins compte tenu de ce que l'appréciation y est omniprésente.

59. Comme il n'est pas normal que le juge soit tenté de trouver plus facilement des excuses à ses pairs qu'aux fonctionnaires, fût-ce par égard pour leur pouvoir respectif, lorsque la responsabilité de l'Etat est invoquée de leur fait. Comp. B. DUBUISSON, *o.c.*, *R.C.J.B.*, 2001, p. 72. Le constat n'est pas isolé. On le retrouve par exemple au niveau européen où la doctrine s'est récemment émue de ce que la Cour de justice de l'Union européenne soit condescendante à l'égard de la Commission. Voir S. GROSSRIEDER TISSOT, «La responsabilité de la Communauté européenne du fait de l'activité normative de la Commission», *Rev. trim. dr. europ.*, 2001, pp. 91 à 121. L'auteur fait état de «conditions restrictives».

lancé aux plaideurs, mais aussi aux juges, pour plus de «réalisme juridique»⁶⁰ sur ce point.

CONCLUSION

23. *Envoi.* En cherchant désespérément un cas de jurisprudence en matière de responsabilité des secrétaires communaux, il a été donné de redécouvrir une décision du tribunal civil de Mons du 7 décembre 1993 publiée dans la présente revue avec une note de Michel PÂQUES sur l'engagement à modifier un règlement de police⁶¹.

Un compromis de vente avait été signé entre la ville de La Louvière et des particuliers concernant un terrain à bâtir, à condition que l'interdiction de stationner soit supprimée à l'endroit concerné. Le bourgmestre et le secrétaire communal s'étaient engagés par simple lettre à entamer la procédure réglementaire en vue d'abroger le règlement interdisant le stationnement, règlement qui avait été pris, pour la petite histoire, après avoir constaté que l'occupant du garage situé de l'autre côté de la rue était dans l'impossibilité d'y remiser son camion lorsque des véhicules stationnaient le long du terrain à bâtir.

Le règlement n'ayant finalement pas été abrogé, aucune faute ne pouvait être reprochée à la ville ni à l'organe que constitue son collègue des bourgmestre et échevins, selon le tribunal, le bourgmestre et le secrétaire communal ayant agi seuls et en dehors de tout mandat spécial susceptible d'engager la ville.

Dans sa note, M. PÂQUES faisait part de son étonnement que n'ait pas été soulevée la responsabilité du mandataire public, en la personne du bourgmestre, ainsi que celle de la commune pour faute de son organe. Manifestement, selon l'auteur, il y avait en effet «apparence de fonctionnalité», c'est-à-dire que l'auteur de l'acte devait être tenu comme agissant dans le cadre de ses fonctions par tout homme raisonnable et prudent. Un acheteur raisonnable peut-il estimer que le bourgmestre n'était pas dans l'exercice de sa compétence en souscrivant cette condition suspensive ou résolutoire que le conseil communal, organe compétent, n'a pas retenue? A l'heure de la transparence administrative, la réponse s'impose à l'esprit, selon lui.

Avec le recul, il en va de même en ce qui concerne le secrétaire communal, dont la signature jouxte en principe celle du bourgmestre ou d'un échevin, dans la correspondance avec le particulier⁶². De toute évidence, la confiance légitime du citoyen n'en est que d'autant renforcée⁶³. Le même raisonnement peut donc lui être transposé. Aussi convient-il pour le secrétaire de prendre

60. Selon l'expression d'O. DE SCHUTTER, «Le développement jurisprudentiel de la responsabilité de l'Etat et le réalisme juridique», *IDj*, 1997, n° 8, p. 1.

61. Civ. Mons, 7 décembre 1993, *Rev. dr. commun.*, 1995, p. 225, note M. PÂQUES, «S'engager à modifier un règlement de police».

62. Voir l'article 109 de la Nouvelle loi communale.

63. De même que le receveur qui détourne des sommes importantes engage la responsabilité de sa collectivité dans le cas où il y a apparence de fonctionnalité (comp. Mons, 6 avril 1993,

dès aujourd'hui ses dispositions pour ne pas connaître le même sort que les premiers bourgmestres et échevins, pris par surprise au moment d'être condamnés, il y a quelques années. Mieux vaut prévenir que guérir, car les quelques moyens de défense soufflés dans les pages qui précèdent ne suffiront pas à forcer une marche arrière. Aujourd'hui, les mentalités semblent prêtes au changement!

commenté par C. DRESSEN, A.-L. DURVIAUX et P. LEWALLE, *o.c.*, *Rev. dr. commun.*, 1994, p. 282), de manière à protéger les victimes, autant il paraît évident que le secrétaire doit se garder de tromper la confiance légitime de ses administrés.